den Beweis der Stellung einer Person in einer Familie und in der bürgerlichen Gesellschaft erwähnt haben [6]), nicht dadurch schon zu einer Betrachtung und Erwähnung des Namen-Wesens hingedrängt worden sind.

XV.

Ueber die Unzulässigkeit der Erbeseinsetzung in bestätigten Codicillen und über die gegensätzliche Bedeutung des mystischen Testaments.

Gegen den Aufsatz Band 43 Heft 1 S. 58 ff. dieser Zeitschrift.

Von

Herrn Dr. Eduard Windmüller,
Justizrath in Breslau.

Der Herr Appellations-Gerichtsrath von Kräwell unternimmt a. a. O. eine Revision der Lehre von den bestätigten Codicillen. Er geht dabei von der Annahme aus, daß nach der früheren gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis ein im Voraus testamentarisch bestätigtes Codicill dem bestätigenden Testamente in Betreff der Erbeseinsetzung wirksam derogire, falls der Testator Dieß in seinem Testamente verordnet habe. Erst die neuere Doctrin soll hiervon abgegangen sein, indem sie die, gesetzlich nur als Regel sanctionirte, Unzuläßigkeit der Erbeseinsetzung und Enterbung in Codicillen ohne Berücksichtigung des obigen Ausnahmefalles zur Geltung gebracht habe.

Die vermeintliche neue Doctrin wird nun von dem Herrn Verfasser zunächst angefochten als Eingriff in die freie Entwickelung einer gesunden Praxis im Sinne des römischen Rechts beziehungsweise seiner gewohnheitsrechtlichen deutschen Weiterbildung. Solchergestalt sollen die Träger der heutigen Doctrin durch ihre

---

6) So vor Allen Walter, System des deutschen Privatrechts. 1855. §. 54.

Neuerung namentlich auch die Doctrin und Praxis für ein selbstständiges Tochterrecht, das preußische, auf Abwege geführt haben.

Der letztgedachte Vorwurf gibt dem Herrn Verfasser Anlaß zu einer einleitenden Revision der verwandten Lehre im preußischen Recht. Eine Würdigung der bezüglichen particularrechtlichen Erörterung eignet sich freilich nicht für diese Blätter. Das Fundament derselben fällt indeß mit der Thatsache der behaupteten theoretischen Neuerung für das gemeine Recht zusammen.

Nun ergeben aber die eigenen Allegate des Herrn Verfassers von dieser angeblichen theoretischen Neuerung in Betreff der angeregten Frage nicht das Mindeste. Für die materielle Einwirkung der bestätigten Codicille auf die Erbeseinsetzung besagen sie nicht mehr, als was auch die Tagesdoctrin auf Grund der maßgebenden Gesetze gelten läßt: die Zulässigkeit des sogenannten mystischen Testaments durch testamentarisch vorbehaltene Bezeichnung des eingesetzten Erben in einem Codicill. Die in den Allegaten weiter behandelte formelle Frage aber, ob auch bestätigte Codicille der neueren gesetzlichen Formvorschrift unterliegen, erkennt der Herr Verfasser selbst als nach wie vor streitig an. Er erklärt sich sogar seinerseits für die Affirmative, läßt jedoch eine autonomische Selbstdispensation des Testators von der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu.

Unzweifelhaft hat daher die Ansicht von der Zulässigkeit einer, Kraft testamentarischen Vorbehalts derogirenden, Erbeseinsetzung in einem Codicill vollen Anspruch auf den Charakter der Neuheit und Eigenthümlichkeit. Bisher für das gemeine Recht noch niemals geltend gemacht, kann sie — als Ausgangspunkt für eine wirklich neue Doctrin und Praxis — ihre Stütze lediglich in sich selbst finden.

Demgemäß unterzieht sich der Herr Verfasser auch der selbstständigen rechtlichen Begründung seiner Ansicht, indem er die entgegengesetzte herrschende Doctrin für theoretisch unhaltbar erklärt.

Zweck dieser Zeilen ist es, darzuthun, daß die Theorie des Herrn Verfassers das positive gemeine Recht nicht für sich hat, vielmehr direct gegen sich; was Jenem nur darum entgehen konnte, weil er bei Auslegung der einzelnen Gesetzesstellen die Fundamental-Normen für das römische Testamentsrecht, welche dort interpre-

tativ zur Anwendung gebracht werden, seinerseits unberücksichtigt gelassen hat.

I.

Das erste Argument des Herrn Verfassers bildet die behauptete Autonomie des Testators in Bezug auf Form wie Inhalt seiner letztwilligen Erklärungen.

Hierbei stoßen wir jedoch sofort auf einen unlösbaren Widerspruch zwischen dem aufgestellten Princip und dessen vermeintlicher Anwendung. Steht dem Testator wirklich das Recht der autonomischen Wahl einer beliebigen Form für seine letztwilligen Erklärungen zu: so ist damit zugleich ausgesprochen, daß die gesetzlichen Formvorschriften nur in subsidium zur Anwendung kommen, falls und in so weit der Testator denselben nicht derogirt hat. Er derogirt ihnen aber eben dadurch, daß er sein Testament in einer anderen und milderen als der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtet. Statt nun Dieß, als nothwendiges Ergebniß der behaupteten Formautonomie, zu statuiren, vindicirt die vorliegende Theorie dem Testator die völlig fremdartige Befugniß, sich in der gesetzlich vorgeschriebenen Testamentsform die willkührliche Wahl von Minderformalitäten für die Folge vorzubehalten. Also die gesetzliche Form muß gewahrt werden, aber nur Ein Mal. Indem man in legaler Form testirt, soll dadurch das Recht gewonnen werden, im Testamente wirksam zu erklären, daß man für weitere letztwillige Erklärungen nicht mehr an die Beobachtung der gesetzlichen Form gebunden sein wolle. Darin aber würde nicht die Ausübung einer privativen Autonomie der gesetzlichen Subsidiarnorm gegenüber liegen, sondern die Geltendmachung der abnormen Befugniß, sich von der Beobachtung eines absolut maßgebenden Gesetzes durch Privatwillkühr zu dispensiren.

Worauf wird nun aber jene sogenannte Autonomie des Testators für das gemeine Recht gestützt? Es handle sich — heißt es — um das Eigenthum Desselben, über das er nach Belieben von Todeswegen verfügen könne, und lediglich seine Sache sei es daher, ob er es — durch Nichtbeobachtung der gesetzlichen Testa=

mentsform — auf die Gefahr der Fälschung seines letzten Willens ankommen lassen wolle, oder nicht.

Dieser Argumentation tritt jedoch, bei der gesetzlich bestehenden Formvorschrift für Testamente, der Umstand entgegen, daß zur Gültigkeit einer rechtlichen Willenserklärung auch die Beobachtung der für dieselbe vorgeschriebenen Form gehört. Auch handelt es sich in dem Zeitpunkte, wo das Testament als solches rechtlich existent werden soll, nicht mehr um Vermögensrechte des Testators, sondern um die Erbfolge in seinen Nachlaß, zu welcher gesetzlich die Intestaterben eben dann berufen sind, wenn es an einem legalen Testamente fehlt, welches sie ausschließt.[1])

Darüber aber, daß das römische Recht die Beobachtung der gesetzlichen Testamentsform keineswegs bloß subsidiarisch vorschreibt, sondern absolut, läßt die Unzweideutigkeit der bezüglichen Normativ-Vorschriften nicht den mindesten Zweifel zu.[2]) Auch heißt es in den Rechtsquellen ausdrücklich: die testamenti factio sei nicht privati sondern publici juris, und es sei Niemandem erlaubt, bei Ausübung des durch bestimmte Gesetze geregelten Testirungsrechtes dem jus publicum zu derogiren.[3]) Ferner wird verordnet, daß durch den unförmlich erklärten Willen des Erblassers ein Testament so wenig zur Existenz gelangen, wie aufgehoben werden könne.[4])

Die sodann von dem Herrn Verfasser generell hervorgehobene Pietät der Römer in der möglichst vollständigen Erfüllung des letzten

---

1) Daß die Römer die rechtliche Zulässigkeit des Testirungsactes, sowohl rechtshistorisch als in einzelnen Consequenzen auch dogmatisch, anders construirt haben, als nach der modernen Auffassung: Das gehört nicht weiter hierher. S. meine Schrift „Rechtl. Beleuchtung der Kommerzien-Rath Fränckel'schen Test. Sache", Satz I., Note 10 und Satz VII, Note 12.

2) Tit. J. de testam. ordin., 2, 10; l. 4. D. qui testam. fac. poss., 28, 1; l. 1. D. de injusto, rupto, 28, 3; ll. 10, 13, 20, 27—31 C. de testam., 6, 23.

3) l. 3. D. qui testam. fac. poss., 28, 1; l. 13. C. l. c.

4) l. 11. §. 2. D. de bon. poss. sec. tab., 37, 11; §. 7 J. quib. mod. testam., 2, 17; l. 2. D. de injusto, rupt., 28, 3; l. 21. §. 4 C. de testam., 6, 23.

Willens eines Verstorbenen fand — auch nach der dafür allegirten l. 25. de reb. dub. — ihren allein berechtigten Ausdruck in der Interpretation eines an sich legalen Testaments, keinesweges in der unzulässigen Abstrahirung von den gesetzlichen Requisiten für seine Gültigkeit.

Weiterhin wird darauf Bezug genommen, daß Cicero das Testament dem Gesetze gleichstelle — wonach man leicht zu dem Schlusse komme, daß der Testator auch im Testamente sich selbst das Gesetz für Form wie Inhalt seiner weiteren letztwilligen Verordnungen zu geben. Daß das römische Recht eine derartige Schlußfolgerung ausdrücklich reprobirt, haben wir bereits gesehen. Aber auch der Vordersatz ist thatsächlich unrichtig, freilich nicht nach dem aphoristischen Allegat aus Gans, wohl aber, nach der Stelle bei Cicero selbst (Philipp. II. cap. 42.). Dieser wirft dort dem Antonius vor, daß er illegaler Weise Gesetze aufgehoben und erlassen, ferner das Testament des Cäsar durch vorschriftswidrige Verwendung der legirten Sachen zu Nichte gemacht habe. Und doch gebe es „in öffentlichen Angelegenheiten nichts Heiligeres, als ein Gesetz, in Privatangelegenheiten nichts Unerschütterlicheres, als ein Testament." Cicero ist also weit davon entfernt, im Widerspruche mit dem jus civile die Normativ-Sphäre des Testamentes mit derjenigen des Gesetzes zu vermengen. Unmöglich legt aber der Herr Verfasser seiner Schlußfolgerung die noch gewagtere Annahme zum Grunde, daß ein Cäsar unförmlich testirt — und ein Cicero die Nichtbefolgung eines nichtigen Testaments zum Anklagepuncte vor dem römischen Senate gemacht haben werde.

Die dem Testator vindicirte Form-Autonomie soll ferner auch eine Stütze finden in der eignen geschichtlichen Entwicklung des römischen Testamentsrechts, wie sie namentlich dem Bedürfnisse einer Emancipirung von der formellen Testamentsstrenge durch Zulassung der formlosen Fideicommisse Rechnung trage.

Unsere Rechtsquellen führen jedoch auch hierbei zum entgegengesetzten Resultat.

Um den veränderten Bedürfnissen für den Rechtsverkehr gerecht zu werden, ließen die Römer, namentlich in den Fideicommissen, ein mildes Billigkeitsrecht zu neben dem formell wie

materiell strengen Testamentsrechte. Außerhalb der Sphäre jenes Billigkeitsrechts blieben die Vorschriften des strengen Rechts in unveränderter Geltung. Die Autonomie des Testators behält hierbei nur die Bedeutung, daß ihm — dem allgemeinen Rechtsgrundsatze der l. 69. de R. J. zufolge, die Rechtswohlthat zu fideicommittiren, statt zu testiren, nicht obtrudirt werden darf.

Demgemäß besagen die Gesetze speciell Folgendes.

Der Testator geht bei Errichtung seiner unförmlichen letztwilligen Disposition gleichfalls von der irrigen Annahme aus, daß in Betreff der Testamentsform nicht das Gesetz entscheide, sondern sein autonomischer Wille. Er erklärt daher, daß seine Disposition als Testament gelten solle. Dann treten die Folgen seines, als solcher in der Regel unentschuldbaren, Rechtsirrthums (l. 9. pr. et §. 3. D. de jur. et fact. ignor. 22, 6) ein. Die als Testament nichtige Disposition bleibt völlig wirkungslos. Oder er stellt sein unförmliches Testament, mittels der sogenannten Codicillar-Clausel, unter den Schutz des Billigkeitsrechts; er erklärt, daß dasselbe, wenn nicht als Testament, so doch als Codicill zur Geltung kommen solle. Dann wird (bei gewahrter Codicillarform des neueren Rechts) die darin enthaltene directe Erbeseinsetzung als den Intestaterben auferlegtes Universal-Fideicommiß aufrechterhalten. Letzteren Fall nahm die römische Jurisprudenz zu Gunsten unberathener Rechtsunkundiger durch utilis interpretatio schon bei indirecter Implorirung des Billigkeitsrechts an, wiederum in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über den entschuldbaren Rechtsirrthum und dessen Folgen (l. 9. §. 3. D. de jur. et fact. ignor. 22. 6)[5]).

---

5) l. 1., l. 13. §. 1 D. de jure codic., 29, 7; l. 41. §. 3 D. de vulg. et pup. substit., 28, 6; l. 8. §. 1 C. de codic., 6, 36; l. 88. §. 17 D. de legat. 2. (31.) „Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas"; deinde heredes instituit. Quaesitum est: intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possint? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, posse.

So viel von Dem, was positiv Rechtens ist in Betreff der angeblichen Befugniß des Testators, sich von der Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Testamentsform zu entbinden.

Der Herr Verfasser stellt sich aber schließlich noch auf einen freieren Standpunct. Er vindicirt dem Testator jenes autonomische Recht zugleich als ein Product der jetzigen Rechtsanschauung. Die (nach dem Obigen mißverständlich angenommene) conforme frühere Praxis habe durch Statuirung der gedachten Autonomie dem Testator nur erlaubt, sich in seinem Testamente selbst diejenige Befugniß beizulegen, welche die jetzige Rechtsanschauung ihm im Wesentlichen ohne Weiteres einräume. Die absonderlichen Formen des römischen Testaments hätten in Deutschland nie Eingang gefunden. Das gerichtliche Testament sei an dessen Stelle getreten, so namentlich auch im preußischen Rechte. Die neueren Gesetzbücher verlangten noch weniger Förmlichkeiten. Nach französischem und österreichischem Rechte gelte ein vom Testator eigenhändig ge- und unterschriebenes Privattestament.

Als neue gemeinrechtliche Praxis scheint der Herr Verfasser die dergestalt begründete moderne Rechtsanschauung nicht geltend machen zu wollen. Er bemerkt selbst, daß die bezügliche gemeinrechtliche Praxis der Gegenwart nicht zu seiner Kenntniß gelangt sei.

Allein auch abgesehen hiervon gilt von der angeblich bestätigenden modernen Rechtsanschauung und ihrer vermeintlichen Abweichungen vom römischen Rechte ganz Dasselbe, was von der behaupteten Conformität der früheren gemeinrechtlichen Praxis gilt.

Die als deutsche Neuerung bezeichnete gerichtliche Testamentsform hat bekanntlich schon das neuere römische Recht als Eine der Formen des öffentlichen Testaments electiv zugelassen[6]). Schwerlich soll sich daher das Prädicat des Absonderlichen der römischen Testamentsform auf das öffentliche Testament beziehen. Außer diesem kennt aber das justinia-

6) l. 19. C. de testam., 6, 23. i. v. „Sicut ergo securus erit, qui actis cujus cunque judicis, aut municipum, aut auribus, privatorum mentis suae postremum publicaverit judicium etc.

nische Recht nur noch das schriftliche oder mündliche Privattestament vor sieben Zeugen, worüber Justinian selbst seine Institutionisten so umständlich belehrt (tit. J. de testam. ordin. 2. 10). Und die demgemäße Form des Privattestaments ist in Betreff ihrer gemeinrechtlichen Reception für Deutschland noch niemals angezweifelt worden, hat auch bei ihrer Anwendung noch niemals für etwas Absonderliches gegolten.

Wenn einzelne neuere Gesetzgebungen ein holographes Privattestament zulassen, so ist damit bloß eine abweichende Formvorschrift gegeben, keinesweges das autonomische Recht des Testators, statt der vorgeschriebenen Form willkührlich eine andere und mildere zu wählen, etwa die des von ihm eigenhändig bloß unterschriebenen Privattestaments. Ob aber wirklich die holographe Form für die große Mehrzahl der Illiteraten den Bedürfnissen der Gegenwart mehr entspricht, als Eine der electiven gemeinrechtlichen Testamentsformen: Das bleibt mindestens sehr fraglich.

Handelte es sich hier um eine vergleichende Abwägung des Umfanges, in welchem die verschiedenen Legislationen den materiellen Willen des Testators ohne Rücksicht auf die gesetzlich vorgeschriebene Testamentsform zur Geltung kommen lassen: so würde der Preis entschieden dem römischen Rechte gebühren. Keine Gesetzgebung der neuen Zeit kann und wird, bei Sanctionirung irgend welcher Testamentsform, consequenter Weise die letztwillige Zuwendung des ganzen Vermögens durch eine völlig formlose mündliche Willenserklärung zulassen, wie Dieß auch noch das neueste römische Recht mit Hülfe des Instituts des Universal-Fideicommisses statuirt.[7])

II.

Als weiteres Argument wird geltend gemacht, daß bestätigte Codicille, zumal wenn ihnen der Testator im Voraus Testamentskraft beigelegt habe, rechtlich gar nicht Codicille seien, sondern integrirende Theile des sie bestätigenden

---

7) §. ult. J. de fideic. hered., 2, 23; l. ult. C. de fideic., 6, 42.

Testaments, beziehungsweise privilegirte Testamente. Auf sie beziehe sich daher das gesetzliche Verbot der codicillarischen Verfügung über das Erbrecht gar nicht.

Hiernach soll also der privative Wille des Testators die Fiction begründen können, daß eine außerhalb des Testaments erfolgte Erbeseinsetzung im Testamente enthalten sei. Fingiren kann aber bekanntlich nur das Gesetz. Und dieses läßt eine derartige Fiction ausschließlich zu für diejenigen, die Erbeseinsetzung nicht berührenden, Codicillar=Dispositionen, welche nach dem rechtsgrundsätzlichen Gegensatze zwischen Testamenten und Codicillen, Gegenstand der letzteren sein können (l. 2. §. 2. D. de jure codic., 29. 7). Dagegen wird die Zulässigkeit cobicillarischer Bestimmungen über das Erbrecht in den Gesetzen aus Gründen negirt, die auf jedes, auch noch so speciell bestätigte Codicill Anwendung finden.[7a.])

Die Negirung erfolgt zunächst darum, weil das jus testamentorum nicht mit dem jus codicillorum vermengt werden dürfe, mithin als ein Ergebniß aus der rechtlichen Natur des Testaments im Gegensatze gegen Alles, was nicht Testament ist, keineswegs als etwas Positives für besondere Arten der Codicille, mögen diese nun bestätigte oder unbestätigte testamentarische Vor= oder Nachcodicille sein, oder aber Intestat=Codicille (l. 8. princ. D. de jure codic. 29. 7). Während nun das jus testamentorum materiell eben auf dem Act der Erbeseinsetzung angewiesen ist (l. 14. C. de testam. 6. 23), gilt dasselbe — dargestelltermaßen — formell gleichzeitig als ein jus publicum in Bezug auf die Testaments=Solennien, welches jeder Privateinwirkung entzogen ist. Hiernach bleibt es sich gleich, ob die privative Einwirkung sofort thatsächlich ausgeübt wird: durch Nicht=Beobachtung der vorgeschriebenen Testamentsform, oder nach vorgängigem ausdrücklichen Vorbehalt — eben weil das

7a.) §. 2 J. de codic., 2, 25 (referirend aus den Digesten und aus Gajus II. 273); l. 27. §. 1 D. de condit. instit., 28, 7; l. 36. pr. D. de milit. testam., 29, 1; l. 2. §. ult.: l. 10. D. de jure codic., 29, 7; l. 76. D. ad SC. Treb., 36, 1; l. 2., l. 4. C. de his, quib. ut indign., 6, 35. (a. d. J. 223); l. 2. C. de codic., 6, 36. (a. d. J. 244).

vorbehaltene Recht nicht existirt, also auch nicht vorbehalten werden kann.

Der weitere sachliche Grund für jene gesetzliche Negirung, wie ihn Papinian in der unten zu erörternden l. 10. de jure codic. darlegt, trifft gleichfalls sowohl die vom Testator speciell vorbehaltenen, als die übrigen cobicillarischen Dispositionen über das Erbrecht selbst. Nach Papinian würde die begriffsmäßige Abhängigkeit eines jeden testamentarischen Codicills vom Testamente, so wie des letzteren selbst von einer darin enthaltenen Erbeseinsetzung, die Zulassung einer cobicillarischen Institution zu einer contradictio in adjecto machen. Mit dem Testamente steht und fällt jedes dazu gehörige Vor- und Nachcodicill, mit der factischen und rechtlichen Existenz einer darin enthaltenen Erbeseinsetzung und deren endgültiger Wirksamkeit das Testament selbst (§. 2. i. f. J. de lege Falcid. 2. 22.; l. 3. §. ult. l. 8. §. 3. l. 16. D. de jure codic. 29. 7.; l. 181. de R. J.). Annullirt nun hiernach die mangelnde Erbeseinsetzung das Testament selbst, so wird eben dadurch dem Codicille, Behufs der — speciell vorbehaltenen oder nicht vorbehaltenen — Nachholung der im Testamente fehlenden Erbeseinsetzung, die Stütze des bestätigenden Testamentes entzogen; es existirt rechtlich kein Testament, mithin auch kein Codicill. Daß aber das Codicill, wenn es begriffsmäßig das Testament als sein principale nicht confirmiren kann, noch viel weniger geeignet ist, dasselbe mittels derogatorischer Nachinstitution zu infirmiren: Das bedarf keiner weiteren Ausführung.

Läßt sich demgemäß die derogirende Kraft einer cobicillarischen Nachinstitution unmöglich durch deren Zurückbeziehung auf das Testament selbst begründen: so erledigt sich damit zugleich die weitere Annahme, daß ein speciell für die Erbeseinsetzung oder mit voller Testamentskraft im Testamente bestätigtes Codicill die Bedeutung eines selbstständigen, und zwar privilegirten, Testamentes gewinne. Denn das derartige Codicill soll ja, angenommenermaßen, die ihm vindicirte Testamentskraft nicht in sich selbst tragen, sondern erst aus dem Testament entnehmen, und Das führt wieder zu der begriffswidri-

gen Confirmirung oder Infirmirung des Testamentes durch das Codicill.

Ohnehin fehlt jedes rechtliche Fundament für die Statuirung des angenommenen Testaments-Privilegiums. Die Gesetze lassen von der allgemeinen Regel, daß nur das Testament dem Testator derogirt, bloß eine einzige Ausnahme zu, nämlich zu Gunsten der codicillarischen Nachinstitution von im Testamente übergangenen Intestaterben.[8]) Nun dürfen aber bekanntlich singuläre Vorschriften nicht ausdehnend erklärt werden (l. 14. D. de legg. 1. 3.; l. 141. pr. l. 162. de R. J.). Auch fehlt jede Gleichheit des Rechtsgrundes für das behauptete Testaments- oder richtiger Codicillar-Privilegium mit den wirklichen Privilegien des römischen Rechts in Betreff der Testamentsform: entweder wegen vorhandener Nothfälle (z. B. militärisches Testament, oder Testament zur Pestzeit), oder wegen gesetzlich begünstigter Zuwendungszwecke (z. B. Testamente der Eltern unter Kindern, oder Testamente zu Gunsten frommer Stiftungen). Das angebliche Privilegium für speciell vorbehaltene derogatorische Codicille würde in Wirklichkeit gar nicht mehr ein Privilegium im Sinne des positiven Rechts bilden: eine Ausnahme-Begünstigung für gewisse specielle Voraussetzungen bei der Testamentserrichtung, oder in Bezug auf den Inhalt des Testaments. Es wäre dasselbe, als nach der Willkühr des Testators für jeden Testamentsfall gegeben, nichts Anderes, als eine abnorme Statuirung der privativen Befugniß sich durch willkührliche Erklärung von der gesetzlichen Formvorschrift zu entbinden.

Uebrigens beruht die Annahme, daß die gesetzlichen Vorschriften über die Unzulässigkeit codicillarischer Erbeseinsetzungen u. s. w. für bestätigte Codicille nicht gegeben seien, auf einem historischen Mißverständniß. Die in Note 7 a. extrahirten Gesetzesstellen beziehen sich, von dem allgemein ausgesprochenen Princip abgesehen, speciell — d. h. für die praktische Anwendung — nur auf bestätigte Codicille, keineswegs auf unbestätigte. Dieß ergibt die, a. a. O. nach Bedarf angedeutete, Zeit

8) §§. 2, 3, 7. J. quib. mod. testam., 2, 17; l. 2. D. de injusto, rupto, 28, 3; l. 21. §. 5 C. de testam., 6, 23.

der Entstehung derselben. Nach dem Rechte der Digesten hatten unbestätigte testamentarische gleich wie Intestat-Codicille überhaupt nur Geltung für indirecte d. h. fideicommissarische Dispositionen. Dagegen wurden in bestätigten Codicillen einzelne, ursprünglich nur im Testamente selbst zulässige, directe Dispositionen erlaubt: nämlich Aussetzung von Legaten, Ernennung von Vormündern und directe Manumissionen.[9]) Erst Justinian stellte Singular-Fideicommisse und Legate einander gleich.[10]) Unmöglich können daher die älteren Gesetzesstellen, welche die Unzulässigkeit der directen Verfügung über das Erbrecht in Codicillen principiell allgemein hervorheben, für die damals beabsichtigte Rechtsanwendung anders verstanden werden, als von solchen Codicillen, in welchen damals überhaupt directe Dispositionen zulässig waren, d. h. von bestätigten. So sagt denn auch Gajus a. a. O. (§. 273) ausdrücklich: „Item codicillis nemo heres institui potest, neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint. At hic, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam, vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint."

Was dagegen den in Betreff der Wirksamkeit angenommenen Unterschied zwischen speciell für die Erbeseinsetzung oder mit voller Testamentskraft bestätigten Codicillen, und bloß generell bestätigten betrifft, so erfahren wir weiter aus Gajus a. a. O., daß die bei den Römern eingeführte Bestätigungs-Clausel ihrer Fassung nach für eine derartige Unterscheidung schon thatsächlich keinen Raum ließ. Die römische Confirmations-Clausel umfaßte ausdrücklich Alles, was der Testator in dem vorbehaltenen Codicill nachträglich festsetzen würde, mithin dem Wortlaute nach eben sowohl die Erbeseinsetzung, wie sonstige letztwillige Anordnungen, so daß sie factisch das Codicill dem Testamente

9) Gajus II. 270, 273; §. 10 J. de fideic. hered., 2, 23; §. 1 J. de codic., 2, 25; vergl. mit l. 3. §. ult.; l. 5, l. 8. princ. et §. 1. D. de jure codic., 29, 7; l. 3. D. de testam. tut., 26, 2; l. 1. §. 1. D. de confirm. tut., 26, 3; l. 43. D. de manum. testam., 40, 4.

10) l. 2. C. commun. de legat., 6, 43, vergl. mit §. 3. J. de legat., 2, 20.

völlig gleich stellte — gewissermaßen zur umgekehrten Codicillar-Clausel wurde. Im §. 270 daselbst heißt es nämlich: „Codicillis enim relictum (sc. legatum) non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est, nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codillis scripserit, id ratum sit.“ Und eben gegen die begriffswidrige Mißdeutung dieses umfassenden Wortlauts der Confirmations-Clausel, wie ihn das Bedürfniß geboten, scheint der besondere Nachdruck gerichtet zu sein, mit welchem unsere Rechtsquellen die Unzulässigkeit einer codicillarischen Erbeseinsetzung hervorheben.

Die bereits oben benutzte Hauptstelle von Papinian (l. 10 de jure codic.) unterwirft der Herr Verfasser einer besonderen Auslegung. Das Fragment lautet:

„Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videatur.“

Papinian will hiernach das traditionelle Dogma von der Unzulässigkeit der Codicillar-Institution civilistisch begründen. Mit der schlagenden Schärfe des Meisters thut er Dieß durch einen einfachen Syllogismus. Das Codicill — sagt er — gilt durch das Testament, letzteres durch die Erbeseinsetzung; daraus folgt, daß nicht umgekehrt das Testament, mittels codicillarischer Ergänzung der im Testament fehlenden Erbeseinsetzung, durch das Codicill gültig werden kann.

Dem Herrn Verfasser besagt die Stelle etwas ganz Anderes. Das begriffsmäßige Confirmirtwerden des Codicills durch das Testament und des letzteren durch die Erbeseinsetzung, woraus Papinian seine Argumentation entnimmt, wird für ihn zu einem positiven Confirmationsacte des Testators. Indem er von obigen Fundamental-Normen und der, mit Bezug auf dieselben, von Papinian für seine Beweisführung nothwendig ponirten Negation einer Erbeseinsetzung im Testamente selbst gänzlich abstrahirt: sieht er sich, um für seine Auffassungsweise die Möglichkeit eines confirmirenden und eines confirmirten Objects zu gewinnen, zu der Annahme genöthigt, daß Papinian von einer

bestätigend wiederholten Institution rede. Er legt daher die Stelle so aus, daß bei einer Erbeseinsetzung im Testamente, welche in einem testamentarisch confirmirten Codicille bestätigt werde, das Testament entscheide, nicht das Codicill. Hierbei handle es sich aber nur um Worte; sachlich bleibe es sich ziemlich gleich, ob man bei conformem Inhalt das Testament entscheiden lasse, oder das Codicill.

Daß Papinian damit in der That Nichts gesagt und bewiesen haben würde, läßt sich freilich nicht leugnen. Allein so wenig wie die Legalworte selbst, vermögen die angerufenen Autoritäten der Glosse und des Cujacius die Annahme zu rechtfertigen, daß der größte Romanist aller Zeiten etwas so Nichtssagendes vorgebracht habe, um — ein civilistisches Problem zu lösen. Accursius commentirt die Stelle philosophisch durch den Satz, daß zwei verschiedene Dinge sich nicht gegenseitig gleichmäßig bedingen können, und für die analoge Anwendung in jure benutzt er mit Glück eine Legalstelle, die lex 43 de acquir. ve omitt. hered. Cujacius (op. tom. IV. p. 349) schließt sich dieser Ausführung an und entwickelt sie in Beispielen weiter, wobei er der philosophischen Bildung des Accursius seine Anerkennung zollt. Dem Herrn Verfasser kann nun Letzteres nur als Ironie erscheinen; denn Philosophie über das, was Papinian nach seiner Ansicht gesagt hat, ist freilich nur inhaltsloses Wortgepränge. So lächelt denn der Herr Verfasser über Accursius, in dem guten Glauben, Cujacius lache mit ihm. Und doch hätte ihm schon die weitere Glosse über das eigentliche Commentations-Object jeden Zweifel benehmen können. Dort heißt es in amplificirender Ausführung der Argumentation Papinian's: „Könnte das Codicill das Testament (durch Supplirung der darin fehlenden Erbeseinsetzung) confirmiren, so mußte es folgerecht dasselbe auch (durch Abänderung der darin enthaltenen Erbeseinsetzung) infirmiren können; quod esset absurdum." —

III.

Endlich wendet sich der Herr Verfasser zu denjenigen Gesetzesstellen, auf welchen die Lehre vom sogenannten mystischen

Testamente beruht.[11]) Er gelangt mit Hülfe derselben zu dem Resultate, daß das römische Recht dem Testator generell die Befugniß zugestehe, sich in seinem Testamente ganz oder theilweise die codicillarische Disposition über das Erbrecht vorzubehalten. Wenn aber eine derartige codicillarische Ergänzung des wesentlichen Testaments-Inhalts nicht gegen das gesetzliche Princip verstoße, daß in Codicillen eine Erbeseinsetzung nicht erfolgen dürfe, so müsse, aus demselben Grunde, das Nämliche auch von der im Testamente vorbehaltenen derogatorischen Erbeseinsetzung gelten. Denn auch die testamentarisch vorbehaltene Nachholung der, im Testamente selbst unterbliebenen, Erbenernennung mittels eines Codicilles bilde, als wesentliche Ergänzung des Testamentes, zugleich eine Abänderung desselben.

Schon die l. 36. princ. de milit. testam., 29, 1. widerlegt indeß die Richtigkeit des, aus der rechtlichen Bedeutung der mystischen Erbeseinsetzung entnommenen, Vordersatzes durch ein unzweideutiges argumentum a contrario, und wirft damit die ganze Argumentation über den Haufen. Wenn es dort als positive Ausnahme-Begünstigung für die militärisch Testirenden hervorgehoben wird, daß der Testator ganz oder theilweise über die Erbschaft auch durch ein Nachcodicill verfügen dürfe: so kann unmöglich das als jus singulare Anerkannte schon ein Ergebniß des jus commune sein. Die Stelle lautet wörtlich:

„Militis codicillis ad testamentum factis etiam hereditas jure videbitur dari. Quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit, legata autem testamento data communiter debentur."

Aber auch abgesehen hiervon, verkennt der Herr Verfasser bei seiner Auslegung der vom mystischen Testamente handelnden Gesetzesstellen das Wesen der perfecten Erbeseinsetzung im Testamente selbst, wie sie sich durch Ausbildung der bedingten Institution gesetzlich gestaltet hat. Sowohl die Person des Erben, als die Erbschaftszuwendung an ihn kann im

11) l. 36., l. 77. D. de hered. instit., 28, 5; l. 10. D. de condit. instit., 28, 7.

Testamente gültiger Weise abhängig gemacht werden von eigentlich oder nur uneigentlich bedingenden, fremdartigen Ereignissen der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft. Es gilt für eine testamentarisch abgeschlossene Erbeseinsetzung, wenn es im Testamente heißt: „Ille aut ille, uter eorum prior Capitolium ascenderit, heres esto"; oder: „Mevius heres esto, si Titius consul fuit — est — fuerit." Auch von einem Thun oder Nichtthun des Testators selbst kann die Erbeseinsetzung abhängig gemacht werden, namentlich von einem, wirklich bedingenden, zukünftigen. Die Institution lautet gültig dahin: „Stichus, si in Capitolium non ascendero (oder ascendero), heres esto [12])." Völlig in gleicher Art, d. h. als eine, der testamentarischen Institution beigefügte, eigentliche oder uneigentliche conditio in futurum vel praeteritum concepta, behandeln die Gesetze, die jetzt sogenannte mystische Erbeseinsetzung. Dieß gilt von allen drei, in den Quellen erwähnten Kategorieen derselben: „Si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto — Cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto — Ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto." Ganz speciell wird namentlich für die testamentarische Institution wie Manumission der Fall: „Stichum, si codicillis eum non vetuero liberum (heredem) esse, liber (heres) esto" demjenigen gleichgestellt: „Stichus, si in Capitolium non ascendero, liber (heres) esto [13])." Damit wird anerkannt, daß bei der mystischen Erbeseinsetzung das vom Testator bezüglich derselben im Codicill Erklärte keineswegs als Ergänzung seines testamentarischen Institutionsactes gelten soll, sondern als eine, die testamentarische Institutions-Bedingung erfüllende Handlung.

Die römische Jurisprudenz ist hiernach — in ihrer nachahmenswerthen Weise — dem hervorgetretenen Bedürfnisse der Geheimhaltung und Nacherwägung in Bezug auf den Institutions-

---

12) l. 108. §. 3. i. f. D. de legat. 1. (30); l. 16. D. de injusto, rupto, 28, 3; l. 28. i. f. D. de manum. testam, 40, 4.

13) l. 10. princ. et §. 1 D. de condit. instit., 28, 7; l. 28. D. de manum. testam, 40, 4.

Act durch interpretative Berücksichtigung desselben innerhalb des Rechtssystems gerecht geworden. Indem sie Einerseits der praktischen Entwickelung des Testirungs Actes ihre rechtliche Geltung ermöglichte, sicherte sie andererseits die Stetigkeit des gegebenen Rechtes selbst durch Aufrechthaltung seines Fundamental-Princips über die Unzulässigkeit der Erbeseinsetzung in Codicillen.

Die in Note 11 allegirten Gesetze enthalten lediglich Anwendungen eben dieses Princips auf die verschiedenen Fälle der mystischen Erbeseinsetzung mit vorbehaltenen Nachcodicillen. Sie behandeln das im Codicill Erklärte unzweideutig als bloßen Erfüllungs-Act für die, dadurch bedingte testamentarische Institution, indem sie jede selbstständige und derogirende Wirksamkeit des Codicills dem Testamente gegenüber ausschließen.

Die l. 36. de hered. instit. (gleichfalls von Papinian herrührend) lautet dahin:

„Si quis ita scripserit heredem: „ex qua parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto“, etiam si pars in codicillis non fuerit adscripta, erit tamen heres, quasi sine parte institutus.“

Der behandelte Fall ist folgender. Titius allein ist instituirt, aber nur vorläufig und bedingt. Seine endgültige Institution sollte davon abhängig sein, daß er auch in einem nachträglichen Codicill als Erbe aufgeführt werde. Diese Bedingung ist an und für sich eingetreten; das Codicill bezeichnet ihn definitiv als den instituirten Erben. Allein der testamentarischen Institution war scheinbar eine weitere Restriction beigefügt: Titius sollte nur Erbe sein zu demjenigen Theile, den ihm das Codicill zuschreiben werde. Nun fehlt die Angabe des ihm bestimmten Erbtheils im Codicill. Es entsteht daher die Frage, ob hierdurch — wegen Ausfall einer weiteren factischen Voraussetzung für die Institution — das dem Titius deferirte Erbrecht erlösche, mithin das Testament als destitutum seine Wirksamkeit verliere. Dieß verneint Papinian. Er spricht dem Titius die Erbschaft zu, gleich einem unbeschränkt Instituirten. Hätte er diese Entscheidung auf den selbstständi-

gen Inhalt des Codicills, als einen der testamentarischen Institution derogirenden späteren Institutions-Act, stützen wollen, so wäre der motivirende Schlußsatz „quasi sine parte institutus“ ohne allen Sinn, und ebenso die ganze angeregte Zweifelsfrage. Das Codicill würde ja, referirtermaßen, eine ausdrückliche Nachinstitution des Titius auf das Ganze begründen. Eben weil aber das Codicill die Substanz des testamentarischen Erbrechts nicht hatte alteriren können, stützt Papinian seine Entscheidung ausschließlich auf das Testament. Es soll so angesehen werden, als ob letzteres den Vorbehalt einer partis adscriptio gar nicht enthielte. Völlig Dasselbe verordnen die Gesetze für den analogen Fall, wo — ohne mystische Institution — der Testator die allein ernannten Erben, mit oder ohne die Form einer Bedingung, so instituirt „ex partibus, quas adscripsero“, oder: „si eis partes adscripsero“, ohne die Ratenbestimmung wirklich zu treffen [14]. Der unzweifelhafte Grund ist das bekannte Axiom: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.“ Darum sagt das Gesetz auch, bei wirklich erfolgter Rateninstitution des allein ernannten Erben: „ — et si unum tantum ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit [15].“ Hiermit ist denn auch das Argument beseitigt, daß in dem von Papinian behandelten Falle das Codicill die testamentarische Erbeseinsetzung in Betreff der Institutionsrate modificirt haben würde, wenn es die vorbehaltene Theilangabe wirklich enthalten hätte. Mußte der Vorbehalt selbst für nicht geschrieben gelten, weil er eine rechtlich unmögliche Affirmativ-Bedingung involvirte (§. 10 J. de hered. instit.): so konnte selbstredend auch seine demnächstige Verwirklichung keinen Effect haben. Titius erhielt die ganze Erbschaft, mochte das Codicill eine partis adscriptio für ihn enthalten, oder nicht. Dieß deutet auch Papinian selbst indirect in den Worten an: „etiam si pars — non fuerit adscripta, erit tamen heres, quasi sine parte institutus.“

14) l. 2. D. de hered. instituend., 28, 5.

15) l. 7. de R. J.; §. 5. J. de hered. instituend., 2, 14.

Die l. 77. l. c., ebenfalls von Papinian, lautet: „Asse toto non distributo, ita scriptum est.: „quem heredem codicillis fecero, heres esto“; Titium codicillis heredem instituit. Ejus quidem institutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur; sed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.“

Also: der Testator hat in seinem Testamente die Erbschaft, bis auf eine offen gelassene Rate, unter die namentlich Instituirten vertheilt. Nunmehr setzt er weiterhin, ohne partis adscriptio, Denjenigen zum Erben ein, den er als solchen in seinem Nachcodicille bezeichnen werde. Dieß geschieht, und der mystisch Instituirte wird — wie die hervorgehobenen Stellen des Fragments ergeben — im Codicill unbeschränkt und allein als Erbe benannt. Den solchergestalt erst im Codicille als Erbe namhaft gemachten Titius erklärt Papinian für gültig instituirt, unbeschadet des Umstandes, daß in einem Codicille kein Erbrecht verliehen werden könne, was Papinian selbst in einer früheren Stelle des nämlichen Werkes, der oben behandelten lex 10. de jure codic., civilistisch begründet hatte. Denn — heißt es weiter — das dem nachbenannten Titius verliehene Erbrecht gelte als ihm durch das Testament selbst verliehen. Und weil Dem so ist, soll Titius nicht mehr erhalten, als was nach Abzug der im Testamente unter die übrigen Instituten bereits vertheilten Raten übrig bleibt — völlig so, wie es für den gleichen Fall, ohne mystische Institution vorgeschrieben ist, (§. 6 J. de hered. instit.). Gerade Dieß aber — was Papinian durch sein „sed“ so warnend betont — schließt absolut die Annahme aus, daß der Inhalt des Codicills als selbstständiger Erbeseinsetzungs-Act in Betracht komme. Wäre Letzteres der Fall, so müßte das Codicill, als die spätere Disposition, das Testament rumpiren [16]), mithin Titius, unter Ausschließung sämmtlicher Testaments-Erben, das Ganze erhalten.

16) §. 2 J. quib. mod. testam., 2, 17; l. 2. D. de injusto, rupto, 28, 3, l. 36. §. ult. D. de testam. milit., 29, 1; l. 21. §. 5; l. 27. C. de testam., 6, 23.

Allerdings kann nun im mystischen wie in jedem anderen Testamente auch die Einsetzung von Erben in der Mehrzahl erfolgen. Dieß erscheint aber für die mystische Institution, vermöge der ihr gesetzlich beigelegten Eigenschaft einer bedingten testamentarischen Erbeseinsetzung, nur in der Art zulässig, daß die mystisch instituirten plures entweder im Testamente (bedingt) namhaft gemacht, oder der Zahl nach darin angegeben werden. Die unbestimmt allgemeine Erklärung im Testamente: „quos (statt quem) codicillis heredes scripsero, heredes sunto" erwähnen die Quellen nicht als statthaft. Sie ist aber auch entschieden unzulässig, weil bei ihr das Erforderniß der ausdrücklichen oder stillschweigenden testamentarischen Fixirung der respectiven Institutionsobjecte nicht gewahrt sein würde. Es läßt sich daraus nicht ersehen, zu Gunsten von wie viel Personen der Testator über die hereditas hat disponiren wollen, um darnach bestimmen zu können „quot uncias assem efficere voluerit" (§. 5 J. de hered. instit.). Und die demgemäß objectiv mangelnde Fixirung des Erben als eines certus würde mit dem Testamente selbst (l. 8. §. 9 D. de hered. instit.) auch das zur Erfüllung der testamentarischen Institutions-Bedingung bestimmte Codicill annulliren. Bleibt man dagegen bei der Zulassung einer im obigen Sinne determinirten Mehrzahl von mystisch instituirten Erben stehen, so begründet nicht das vorbehaltene Codicill, sondern das Testament selbst diejenige Erbtheilung, welche sich — in Ermangelung einer ausdrücklichen testamentarischen Distribution — aus der Anzahl der Instituten ergibt [17]). Und eine Dem entgegengesetzte Anordnung im Codicille mußte, als unzulässige codicillarische Erbschafts-Zuwendung beziehungsweise Entziehung, für nicht geschrieben gelten.

Die lex 10. de condit. instit. endlich bestätigt positiv den Rechtssatz, daß mystische Erbeseinsetzungen als eigentlich oder uneigentlich bedingte und durch den Inhalt des Codicills nur bedingtermaßen erfüllte, testamentarische Institutionen gelten, je nachdem das Testament dabei auf ein Nachcodicill oder auf ein Vorcodicill Bezug nimmt.

---

17) §. 6 J. de hered. instit., 2, 14.

„Institutio talis — heißt es darin —: si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto, non est inutilis in quovis herede instituto, praeter filium (cf. l. 15., l. 28. h. t.). Est enim conditionalis institutio, nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est; verum conditionalis est haec institutio, quasi testamento data esset. Proinde et si ita scripserit: cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto", pari ratione dicendum est, institutionem valere nullo jure impediente. §. 1. Siquem ita institutum ponamus: „ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto", valet institutio etiam in filio, qui in potestate est, quum nulla sit conditio, quae in praeteritum conferatur, vel quae in praesens, veluti: „si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat." —

IV.

In Betreff der wirklich streitigen Frage, ob auch testamentarisch bestätigte Codicille der allgemeinen Formvorschrift des neueren Rechtes unterliegen, oder nicht, erklärt sich der Herr Verfasser für die Affirmative, deren Richtigkeit durch den Erlaß der Vorschrift für jede letztwillige Erklärung außer dem Testamente, von selbst gegeben ist [18]). Allein auch hier macht er wieder die Ansicht geltend, daß der Testator sich autonomisch von der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbinden könne, indem er für die testamentarisch bestätigten Codicille eine minder strenge Form vorschreibe. Als Wahrung der solchergestalt testamentarisch sanctionirten Formvorschrift gelte dann schon die bloße Beobachtung ihres wesentlichen Inhaltes.

Diese Annahme beruht indeß auf einer bloßen Verirrung aus dem Gebiete der lex privata mit ihrer autonomischen Gleichberechtigung für die Aufhebung wie für die Begründung einer Selbstbeschränkung in der, gesetzlich unbeschränkten Willensfreiheit, in dasjenige der, die privative Autonomie beschränkenden

---

18) l. 8. §. ult. C. de codic., 6, 36.

lex publica, mit ihrer gleichmäßig nur durch einen neuen Gesetzesact zu beseitigenden Wirksamkeit.

Insoweit der Testator in Betreff seiner letztwilligen Dispositionen materiell oder formell durch das Gesetz nicht beschränkt ist, gilt sein letzter Wille materiell oder formell als Gesetz. So wenig nun der wirkliche Gesetzgeber seine legislatorische Willensfreiheit Einseitig dadurch binden kann, daß er sein gegenwärtiges Gesetz für unabänderlich erklärt, oder sich in demselben zu künftigen Gesetzeserlassen nur unter gewissen Formbeschränkungen autorisirt, eben so wenig der Testator innerhalb der gesetzlichen Grenzen seiner Autonomie. Wie dort die lex posterior, so entscheidet hier die voluntas posterior. „Nemo — sagt das Gesetz — eam sibi potest legem dicere; ut a priore voluntate ei recedere non liceat.“ Darum gilt die materielle Abänderung wie die formelle Aufhebung der früheren Willenserklärung durch die spätere, auch wenn der Testator in jener, durch die sogenannte clausula cassatoria oder derogatoria, seine demnächstige Willensänderung für wirkungslos erklärt hat [19]). Und aus dem nämlichen Grunde erklären die vom Herrn Verfasser allegirten Gesetze auch die Formvorschriften, deren Beobachtung sich der Testator in seinem Testament für die Gültigkeit der Nachcodicille auferlegt hat, durch die bloße Thatsache ihrer späteren Nichtbeobachtung für aufgehoben: „nam — heißt es daselbst — ea, quae postea geruntur, prioribus derogant.“ Ein Unterschied zwischen dem Wesentlichen und dem Unwesentlichen in den Formvorschriften wird hierbei nicht gemacht, was auch dem Begriffe des Formellen widersprechen würde [20]). Obwohl nun die eben angezogenen Gesetze aus einer Zeit stammen, in welcher die neuere gesetzliche Codicillarform noch nicht bestand, so wird man dennoch dem Herrn Verfasser zugeben müssen, daß dieselben durch die bezügliche Formvorschrift keineswegs antiquirt sind, vielmehr nach wie vor gültig bleiben — eben weil sie eine selbstständige Rechtsnorm, die oben dargelegte, zur Anwendung

19) l. 22. princ. D. de legat. 3. (32).

20) l. 6. §. 2 D. de jure codic., 29, 7; l. ult. princ. D. de legat. 2. (31).

bringen. Allein dieselbe unzweifelhafte Gültigkeit darf auch die neuere gesetzliche Formvorschrift für Codicille, beanspruchen. Beiderlei gesetzliche Vorschriften gelten mithin neben einander. Hieraus folgt, daß auch unter der Herrschaft des neuen Formgesetzes jeder Testator befugt bleibt, über die gesetzlich vorgeschriebene Form hinauszugehen, indem er eine strengere Form für die Gültigkeit seiner Codicille vorschreibt, also etwa außer der Zuziehung von fünf Zeugen noch die holographe Abfassung. Eben so folgt daraus, daß er auch jetzt noch von dieser seiner eigenen Formvorschrift willkührlich wieder abgehen kann: sowohl stillschweigend durch demnächstige Nicht-Beobachtung derselben, als auch mittels ihrer ausdrücklichen Wiederaufhebung — und zwar ohne Unterschied zwischen der größeren oder geringeren Erheblichkeit des solchergestalt autonomisch Abrogirten. Dagegen kann unmöglich daraus folgen, daß der Testator sich, durch gültige Anordnung einer der gesetzlichen Vorschrift nicht genügenden, also milderen Form, von der Beobachtung der gesetzlichen Formvorschrift willkührlich entbinden dürfe, indem er etwa die Zuziehung von nur zwei statt fünf Zeugen verordnet, geschehe Dieß nun mit oder ohne autonomische Substituirung der holographen oder einer anderen speciellen Form. Daß übrigens durch die etwaige Wahl der gerichtlichen Form, als einer im Sinne des Gesetzes strengeren für das Testament selbst, die gesetzliche Formvorschrift für Codicille ihre Erledigung findet, leuchtet von selbst ein.

Für seine entgegengesetzte Ansicht scheint der Herr Verfasser sich nur irrthümlich auf die von ihm allegirten Entscheidungen aus der sogenannten vaterländischen Praxis berufen zu haben. Das extrahirte Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichtes zu Dresden aus dem Jahre 1857 bestätigt lediglich das oben über die autonomische Anordnung einer strengeren als der gesetzlichen Codicillar-Form Gesagte. Die übrigen Judicate dagegen behandeln referirtermaßen die völlig fremdartige, vom Herrn Verfasser selbst bejahte Streitfrage, ob die gesetzliche Formvorschrift auch für bestätigte Codicille gegeben sei, oder nicht. —
